

## A POLÊMICA A RESPEITO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA HIPÓTESE DE IRREVERSIBILIDADE DE SEUS EFEITOS

Neiva Schuvartz Guimarães<sup>1</sup>

Ana Caroline Santos Ceolin<sup>2</sup>

### Resumo

O presente trabalho tem como tema a irreversibilidade fática da tutela antecipada. Para explicarmos o referido tema, trabalhamos as questões mais polêmicas que envolvem o instituto da antecipação de tutela, tais como: a natureza da irreversibilidade disposta no artigo 273, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, se seria a do provimento ou a fática. No que diz respeito à regra de não concessão de tal medida quando se apresentar irreversível seu resultado, analisamos a possibilidade de o requisito da *irreversibilidade* previsto no citado dispositivo legal ser relativizado diante do caso concreto, e não exigido em caráter absoluto. E, por último, fizemos uma análise, sobre o que ocorre quando a decisão que deferiu a antecipação de tutela requerida pelo autor da demanda vem a sofrer, posteriormente, alguma alteração ou, ainda, na hipótese em que o conteúdo da sentença for contrário àquela medida anteriormente concedida. Analisamos, a este respeito, como ficará a situação da parte ré que não terá como receber o bem da vida, no seu estado *quo ante*, devido à sua irreversibilidade.

**Palavras-Chave:** antecipação de tutela; concessão; indeferimento; irreversibilidade jurídica fática, bem da vida.

### Abstract

The subject of the present work is the real irreversibility of the effects of the judicial order which anticipates a judgment result. With the objective to explain the mentioned

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo UNI-BH, pós-graduada em Negócios Internacionais pela PUC Minas, graduada em Psicologia pela Newton Paiva.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil pela UFMG, professora de Direito Civil e de Processo Civil do UNI-BH e da FUMEC, autora do livro *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*.

subject, we appraise the reversibility meaning and discuss controversial questions, such as if the irreversibility foreseen in Article 273, 2nd paragraph, of the Brazilian Civil Procedure Code relates to the judicial order or to the real situation which results from the application of the order. Regarding the rule that determines that the judicial order cannot be granted if its effects are irreversible, we analyze the possibility of such rule be relativized in the light of the circumstances of the case. Finally, we made an accurate analysis of the consequences that could arise from the fact that the final judgment of a claim could be opposed to the judicial order which favored one of the litigants in anticipation of the same judgment. Moreover, we analyzed the status of the litigant who wins the lawsuit but cannot receive its subject, because the effects of the judicial order which anticipates its judgment are irreversible.

**Key-words:** anticipation of a judgment result; granted; denial; irreversibility juridical real; life subject.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da antecipação de tutela é de extraordinária relevância para a sociedade e o Direito, uma vez que a situação em que se encontra atualmente a Justiça brasileira, em que a prestação jurisdicional tem se revelado extremamente morosa, torna-se necessário, até mesmo imprescindível, conferir uma maior ênfase ao instituto da antecipação de tutela, que tem o objetivo de evitar que determinados direitos possam ser dizimados em razão do decurso de tempo despendido para a conclusão de um processo judicial.

O ponto principal do nosso trabalho consiste na análise de uma das partes mais polêmicas do instituto da antecipação de tutela que gira em torno do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC), que dispõe sobre a irreversibilidade do provimento.

Neste trabalho, tivemos como objetivo demonstrar que a irreversibilidade de que trata o parágrafo supra citado é, na realidade, uma irreversibilidade fática, visto que a decisão judicial, é reversível até que ocorra o trânsito em julgado. E, ainda, tal disposição não pode ser vista com sendo absoluta, uma vez que isso levaria a inutilização da mencionada medida. Assim sendo, a antecipação de tutela deve ser relativizada para que o magistrado possa aplicá-la e torná-la efetiva.

Estudamos também, junto à doutrina e jurisprudência, como deve o juiz atuar diante de uma irreversibilidade fática, ou seja, concedida a tutela, se ocorrer uma reforma, seja na decisão, seja na sentença, e não havendo a possibilidade do autor repor o bem da vida antecipado no seu *status quo ante*, que medida caberá ao magistrado adotar?

A reforma da decisão ou da sentença contrária é possível de ocorrer, já que a decisão concessiva ou denegatória da antecipação de tutela é feita de forma sumária, com base na verossimilhança das alegações e na prova inequívoca, e que um direito prevalecerá em detrimento do outro, pois não há a possibilidade de preservar o direito do autor e o do réu.

Assim diante do exposto, surge um problema: na medida em que os efeitos da antecipação de tutela são irreversíveis, em quais situações ela deve ser concedida? A resposta imediata que nos vem é: tal provimento deve ser concedido quando presentes os \*\*seus requisitos, o que está correto. Porém, não basta somente isso, uma vez que, se o bem da vida é irreversível, em razão da expressa previsão contida no § 2º do artigo 273, o julgador deverá ser extremamente cauteloso no exame e concessão do pedido de tutela antecipada. Caso constate que poderá ocorrer a irreversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipadamente concedida, ele deverá, prudentemente, avaliar qual o bem preponderante a ser protegido. Se estiver em jogo, por exemplo, a vida de determinada pessoa, o juiz certamente terá que conceder a tutela postulada, uma vez que este direito está constitucionalmente assegurado e tende a se sobrepor a qualquer outro, por mais fundamentado que seja.

Diante desse impasse, o juiz deve ter em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que sua decisão tenha por escopo preservar o direito maior, uma vez que, em tal situação, os dois direitos não têm como ser conciliados, devido ao aspecto temporal.

## **2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

### **2.1 Conceito e natureza jurídica**

A tutela antecipada constitui uma medida concedida pelo juiz com o objetivo

de antecipar provisoriamente a tutela judicial postulada na petição inicial, desde que o autor da ação demonstre a verossimilhança de suas alegações e que haja receio de lesão grave ou de difícil reparação caso a ordem não seja concedida. Portanto, a antecipação de tutela é justificada pelo princípio de necessidade, com o objetivo de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

A tutela antecipada pode ter caráter positivo ou negativo, ou seja, compelindo o réu a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em consonância com o pedido do autor e a determinação judicial.

Na abalizada lição de Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 454),

[...] a tutela antecipada é espécie de tutela jurisdicional satisfativa, prestada no bojo do processo de conhecimento (independendo, assim, de processo autônomo para a sua concessão), e que se concede com base em juízo de probabilidade (razão pela qual foi por nós considerada como espécie de tutela jurisdicional sumária). Este tipo de tutela jurisdicional já vinha regulada no Direito Brasileiro há muito tempo, mas era cabível apenas nas hipóteses para as quais fosse expressamente previstas, como nas 'ações possessórias'. Com a reforma do Código de Processo Civil, porém, passou-se a ter este instrumento como aplicável genericamente ao processo de conhecimento, sendo cabível qualquer que seja o procedimento aplicável, comum (ordinário ou sumário) ou especial. [...].

A natureza jurídica da antecipação de tutela é satisfativa, uma vez que propicia o adiantamento do resultado final da demanda. Difere, portanto, da cautelar, uma vez que esta tem o objetivo precípuo de assegurar que a ação principal chegue a bom termo.

Em suma, diante do exposto, não há que se ter dúvida quanto à questão de que a antecipação de tutela estará antecipando o mérito seja parcial ou totalmente. Mas, vale reforçar que tal medida só poderá ser concedida se presentes os seus requisitos, o que lhe confere natureza satisfativa, diferentemente da cautelar que apresenta natureza meramente preventiva, sendo usada apenas para garantir outro processo, o principal.

## **2.2 Titularidade da pretensão**

Para requerer a antecipação de tutela, é necessário que a parte tenha a devida legitimidade.

Em primeiro lugar, figura o autor da ação, o qual formula a sua pretensão

neste sentido na própria petição inicial. Ao requerer a antecipação da tutela, o autor deve demonstrar com extrema clareza a verossimilhança das alegações que deduziu. Todavia, a posição predominante na doutrina está no sentido de que o instituto também pode ser utilizado por outras partes envolvidas no feito.

Na reconvenção, que consiste na formulação de pretensão oposta à do autor no mesmo feito, ou no pedido contraposto que consiste em pretensão contrária àquela deduzida na petição inicial, o réu poderá requerer a antecipação de tutela com o objetivo de assegurar provisoriamente o seu direito.

Igual direito é assegurado ao assistente, que, conforme dispõe o artigo 50 do CPC, é todo aquele que tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. De acordo com o artigo 52 do mesmo diploma legal, o assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercendo dênticos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais atribuídos ao assistido. Nessa condição, cabe-lhe o direito de postular a antecipação de tutela, sendo importante ressaltar que o pedido cingir-se-á àquele já deduzido pelo assistido na peça de ingresso. Além disso, é de se ressaltar que, se o assistido desistir da pretensão deduzida na peça de ingresso ficará sem efeito a postulação feita pelo assistente.

Outrossim, o réu também poderá solicitar a tutela antecipada nas ações dúplices, uma vez que lhe é permitido fazer o pedido de antecipação de tutela na própria contestação. É o que se depreende da lição de Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 181), nestes termos: “O réu, nas ações dúplices, pode formular pedido na própria contestação, sem a necessidade de reconvenção”.

No que se refere ao Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, existe acirrada divergência doutrinária a respeito. Alguns autores entendem que o MP pode requerer tutela antecipada, na medida em que tem por missão constitucional assegurar determinados direitos, quando, por exemplo, há o envolvimento de um incapaz. Outros autores, contudo, consideram que não seria possível tal procedimento, dada a imparcialidade que deve revestir os atos do *parquet*.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 454): “O que a norma veda é a concessão *ex officio* da tutela antecipada. Pode o MP requerê-la quer atue como parte (CPC 81) quer como fiscal da lei (CPC 82) no processo civil, pois tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes”.

Finalmente, cabe perquirir se o juiz pode conceder uma antecipação de tutela *ex officio*. Em primeiro lugar, o artigo 273 do CPC deixa claro que somente a parte poderá requerer a antecipação de tutela. Portanto, a rigor não caberia ao juiz adotar tal medida, sem ter sido para tanto provocado. Trata-se de uma importante restrição, na medida em que a tutela antecipada poderá ocasionar ônus à parte contrária. Se a sentença de mérito for contrária aos interesses da parte que se beneficiou da tutela antecipada concedida *ex officio*, esta não estará obrigada a indenizar a parte prejudicada, pelo fato de que nada pleiteou neste sentido.

Nessa linha de raciocínio encontra-se a preciosa lição de George Malmerstein Lima (2002, p. 1), para quem

esse entendimento é reforçado por outros argumentos, calcados nos princípios tradicionais do processo como o da demanda ou da iniciativa da parte, o da adstrição do juiz ao pedido e o princípio dispositivo, previsto, inclusive no CPC (art. 2º - nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado o requerer, nos casos e formas legais; [...]. Art. 128, o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte).

Sustenta-se, ainda que, se o juiz tomar a iniciativa de antecipar a tutela, sua imparcialidade tende a ficar comprometida.

Além disso, argumenta-se que, como eventuais danos decorrentes da execução da medida deverão ser suportados pela parte, tal como ocorre o processo cautelar (art. 811), somente ela - a parte - deveria escolher se pretende ou não correr o risco de obter a antecipação de tutela.

É ainda o mesmo autor que assinala no texto acima transcrito que a referida posição é quase unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Ou seja, prevalece o entendimento de que o juiz não deve conceder a antecipação de tutela *de officio*.

### **3 ANÁLISE DOGMÁTICA - PROCESSUAL DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

#### **3.1 Artigo 273, *caput* O Juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação**

No *caput* do referido artigo, tem-se que, para que a tutela antecipada seja

concedida, é necessário o requerimento da parte. Como se viu acima, a legitimidade para requerer a tutela antecipada pertence às partes processuais, sendo que a maioria dos doutrinadores entende que é defeso ao juiz conceder a tutela antecipada *ex officio*. Para reforçar a necessidade do requerimento da parte, vale destacar as palavras do ilustre doutrinador Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 445):

Parece-nos que a lei processual, ao exigir o requerimento da parte, manteve-se consentânea com nosso sistema processual, onde prevalece o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado. Ademais, não se pode olvidar a hipótese de a tutela antecipada ser, afinal, indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisaram ser reparados. Não se poderia, porém, responsabilizar o autor por um dano causado ao réu por uma decisão judicial que ele não pedira (assim como não seria possível, na hipótese, responsabilizar o juiz, o qual só responde civilmente nos casos de dolo ou fraude conforme dispõe o art. 133 do CPC).

Dispõe ainda o *caput* do artigo que os efeitos da tutela poderão ser antecipados total ou parcialmente. Não é despendendo lembrar que o pedido de antecipação de tutela deve limitar-se ao pleito formulado na peça de ingresso. O juiz, portanto, concederá total ou parcialmente tal pedido, o que poderá ser deferido ao autor por ocasião da prolação da sentença de mérito, nada mais, nada menos. Vale lembrar que o juiz não é inteiramente livre para decidir, uma vez que sua decisão deverá ser tomada em conformidade com o princípio da menor restrição.

Para reforçar o argumento acima deduzido, segue a lição de Teori Albino Zavascki (2007, p. 78):

A antecipação dos efeitos da tutela, diz a lei, pode ser total ou parcial. Há efeitos que por natureza, não são suscetíveis de antecipação. Com essa ressalva e considerando os demais o juiz certamente não é livre para estabelecer os limites da antecipação, nem isso depende de seu *juízo discricionário*. Na verdade para determinar a extensão da antecipação deve o juiz observância fiel ao *princípio da menor restrição possível*: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação dos efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguardar do direito fundamental considerado, no caso, prevalente. (Grifo no original).

O mencionado *caput* do dispositivo também estabelece dois requisitos, que deverão ser observados de forma concorrente para a concessão da ordem: prova inequívoca das alegações e convencimento, pelo juiz, da verossimilhança das alegações.

Assim o juiz para conceder a antecipação de tutela dever chegar à

conclusão de que os fatos são certos e que estão provados nos autos, sendo os requisitos da verossimilhança e da prova inequívoca concorrentes, ou seja, só é permitido ao juiz o deferimento da antecipação de tutela se ambos estiverem presentes.

### **3.2 Artigo 273, incisos: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu**

Diferentemente do *caput* que exige a prova inequívoca e a verossimilhança, os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 273 não são cumulativos, o juiz vai analisar se há um *ou* outro, ou seja, não se trata aqui de uma soma, mas sim de uma exclusão. Uma vez presente apenas um destes requisitos o juiz já estará autorizado a antecipar a tutela.

Nas palavras dos doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 458):

Requisitos alternativos. Para a concessão da tutela antecipada exige a lei uma das situações alternativas: a) ou a existência do *periculum in mora*; b) ou a existência do abuso de direito de defesa do réu, independentemente da existência de *periculum in mora*. (Grifo no original)

Na mesma linha de raciocínio, Teori Albino Zavascki, ao tecer comentários sobre a alternância dos mencionados requisitos, faz uma importante diferenciação entre os dois, colocando que o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* deve ser avaliado dentro de seu aspecto concreto, isto é, se o fato é real e não uma criação imaginária do autor. Já o *abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* diz respeito à atualidade, no sentido de ensejar não um risco futuro, mas sim algo que possa ocorrer durante o processo e, ainda, tão sério que impossibilite a materialização do direito. Deste modo, segundo o citado autor, para que haja a antecipação de tutela o risco deve ser: concreto, grave e atual.

Vejam-se a propósito os comentários do referido autor:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação de tutela assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (= o que se apresenta iminente no curso do processo) e



grave (= o potencialmente apto a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação de tutela. (ZAVASCKI, 2007, p. 80).

Com relação ao segundo requisito, seguindo a linha do referido autor, esses são mais amplos e abstratos, requerendo assim do juiz uma análise mais cautelosa. O magistrado deve avaliar se o réu está efetivamente adotando mecanismos com o objetivo de retardar o andamento do processo, prejudicando a devida prestação jurisdicional.

De acordo com entendimento do mesmo autor,

‘abuso de direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório do réu’ são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimentos valorativos, caso a caso. (ZAVASCKI, 2007, p. 80-81).

Sobre este segundo requisito Teori Albino Zavascki faz uma importante crítica quanto ao manifesto propósito protelatório do réu, dispondo que essa expressão, se vista na sua literalidade, poderia ser interpretada como mera *intenção* do réu de procrastinar, o que seria suficiente para tornar possível a antecipação de tutela. Porém, essa não é a interpretação correta, uma vez que a procrastinação tem que ser real e efetiva.

Nas palavras do eminente mestre:

É criticável, sob este aspecto, a expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera *intenção* de protelar. Na verdade, o que se justifica a antecipação não é o *propósito* de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. (ZAVASCKI, 2007, p. 81).

### **3.3 Artigo 273, § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento**

Em uma primeira leitura poderíamos pensar que esse parágrafo não seria “necessário”, pois o nosso ordenamento jurídico, seja na Constituição da República seja no Código de Processo Civil, dispõe que as decisões do Judiciário, sejam elas sentenças ou decisões interlocutórias, devem ser fundamentadas, ainda que de modo sucinto. \*\*\*Porém, sabendo-se que a antecipação de tutela é um remédio que

requer muito cuidado para ser concedido, uma vez que tal medida antecipa o mérito, pode-se concluir que o legislador julgou conveniente reforçar a necessidade de cumprimento de tal requisito.

Não é redundante lembrar que a antecipação de tutela antecipa o mérito, sendo assim é fundamental que o juiz que a conceda demonstre o seu convencimento de forma clara e com precisão.

Dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 que

todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, **e fundamentada todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudicam o interesse público à informação. (Grifo nosso).

Dispõe o art. 165 do Código de Processo Civil que “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458, as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

A exigência da fundamentação da decisão do juiz é de extrema importância para a parte, assim como para o interesse público, uma vez que é a partir desta que surge a possibilidade para a parte sucumbente, após a análise dos motivos, de preparar a sua defesa para recorrer da decisão. E, havendo recurso, a fundamentação permitirá uma melhor análise do Tribunal, pois não seria possível uma decisão acertada, em sede recursal, sem que se tivesse ciência dos motivos que levaram o juiz de primeira instância a tomar sua decisão. Com relação ao interesse público, a fundamentação do juiz permite que seja analisada a sua imparcialidade.

Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 55-56) esclarece sobre isso de forma a não deixar dúvidas sobre os motivos pelos quais essa exigência constitucional é importante, analisando as suas próprias palavras:

O primeiro interesse que se quer proteger com a obrigatoriedade de motivação das decisões é o interesse das partes, que não só precisam saber o motivo que levou o juiz a decidir as questões da maneira como decidiu, como é psicologicamente importante (até mesmo para que a parte prejudicada pela decisão se convença de que a mesma era correta), como têm a necessidade de conhecer os motivos da decisão para que possam adequadamente fundamentar seus recursos. Não seria possível às partes interpor adequadamente seus recursos se fossem desconhecidos os motivos que levaram o juiz a decidir de forma como o fez. Frise-se, aliás,

que também será impossível aos tribunais analisar adequadamente se as decisões recorridas foram ou não corretas, e se as mesmas deveriam ou não ser reformadas.

Há, além disso, outro fundamento a exigir que as decisões judiciais sejam motivadas. Trata-se de razão de ordem pública, embora ligada também ao interesse particular das partes. A motivação da decisão é essencial para que possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial.

O art. 165 do CPC, ao estabelecer que as demais decisões deverão ser fundamentadas, ainda que de modo conciso, significa que o juiz não necessita fazer uma monografia, mas sim que suas fundamentações possibilitam demonstrar o que o levou a tomar tal decisão.

Diante da fundamentação acima exposta, não resta dúvida de que as decisões devem ser fundamentadas, mesmo que de forma concisa, com o objetivo de evitar a sua nulidade.

### **3.4 Artigo 273, §2º Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade de provimento**

O aspecto fulcral da presente monografia consiste exatamente no exame da questão mencionada no referido dispositivo, e será tratada de forma mais detalhada no próximo capítulo.

### **3.5 Artigo 273, § 3º A efetivação da tutela observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461§§ 4º e 5º e 461-A**

**O Art. 588 CPC foi revogado pela Lei n. 11.232, de 6 de dezembro de 2005.** As normas referentes a este artigo hoje são as dispostas no art. 475-O do CPC.

Esse parágrafo dispõe que a antecipação de tutela nos casos dos artigos 461, § 4º e 5º e 461-A do Código de Processo Civil deve observar o que dispõe o artigo 475-O do mesmo diploma, ou seja, as decisões que concedem a tutela antecipada seguem as mesmas regras das execuções provisórias, e correrá por conta e risco do requerente qualquer dano que este possa causar ao requerido caso ocorra a reforma, a modificação ou a anulação da decisão. Em qualquer uma destas situações, o requerente deverá devolver ao requerido a coisa no mesmo estado em

que a recebeu, e se causar algum prejuízo deverá repará-lo. Pode ainda o juiz exigir caução idônea quanto à execução provisória puder causar grave dano ao requerido, conforme o art. 475-O, inciso III.

Para uma melhor compreensão, esclarecedoras são as palavras do doutrinador Teori Albino Zavascki (2007, p. 91):

Assim, é inquestionável que, em qualquer caso, a 'execução' da medida corre por conta e responsabilidade do requerente, que fica obrigado, em caso de reforma da decisão, a reparar os prejuízos causados (art. 475-O, I). Igualmente é certo que o cumprimento da medida antecipada ficará sem efeito se a decisão correspondente vier a ser modificada ou anulada, caso esse em que as partes deverão ser restituídas ao estado anterior (art. 475-O, II).

### **3.6 Artigo 273, § 4ºA tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada**

Antes de adentrarmos no parágrafo quarto propriamente dito, vale lembrar que a tutela antecipada não faz coisa julgada material, assim sendo é passível de ser revogada ou modificada.

Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 365) nos mostra \*\*\*que antecipação de tutela não faz coisa julgada material:

a coisa julgada material é instituto técnico - jurídico que objetiva impedir a rediscussão dos litígios, visando conferir segurança aos litigantes e estabilidade às decisões do poder judiciário [e ainda] [...] isso quer dizer que não é correto pensar que a decisão que concede a tutela antecipatória com base em convicção de verdade produz, apenas por isso, coisa julgada material.

Tal revogação ou modificação pode ocorrer por surgimentos de novos fatos, ou a partir das alegações da parte contrária que possibilitem a mudança de convicção do juiz.

Assim como a concessão de antecipação de tutela não pode ser *de officio*, a sua revogação ou modificação também não o será, ou seja, ela deve ser requerida pela parte que sofreu a execução provisória, cabendo a esta demonstrar em seu pedido os fundamentos para que o mesmo seja deferido. O remédio processual adequado para a revogação ou modificação da tutela antecipada concedida será o agravo de instrumento, de acordo com o disposto nos arts. 522 e seguintes do CPC.

O referido recurso poderá ser manejado tanto pelo autor quanto pelo réu. No primeiro caso, quando a tutela antecipada for parcial, isto é, não tendo satisfeito a integralidade da postulação do autor. Em tal situação, o postulante recorrerá com o objetivo de complementar a sua pretensão. Por outro lado, o réu poderá interpor o recurso tanto na hipótese de a tutela ter sido concedida total ou parcialmente.

De acordo com o autor Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 203):

Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de outra evidência sobre a situação de fato. É caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.

Não interposto o agravo de instrumento, o juiz somente poderá revogar ou modificar a tutela com base em 'novas circunstâncias'. Isto não quer dizer que o juiz possa revogar a Tutela *de officio*; a tutela somente poderá ser revogada em razão de requerimento da parte.

Além das situações acima examinadas, a revogação da antecipação de tutela poderá ocorrer se o juiz, de forma superveniente, constatar a inexistência de uma das condições da ação.

Por fim, a sentença que decreta a improcedência do pedido por si só revoga a tutela antecipada concedida, sendo importante ressaltar que essa revogação opera seus efeitos de forma retroativa, ou seja, desde a data em que ela foi concedida.

Nas palavras de Teori Albino Zavascki (2007, p. 136),

[...] a sentença de improcedência da demanda acarreta, por si só, independentemente de menção expressa a respeito, a revogação da medida antecipatória, revogação que tem eficácia imediata e *ex tunc*, como ocorre em situação análoga, de sentença denegatória em mandado de segurança (Súmula 405, STF).

### **3.7 Artigo 273, §5º Concedida ou não a antecipação de tutela prosseguirá o processo ate final julgamento**

Como foi dito acima, a tutela antecipada não faz coisa julgada material e pode ser revogada a qualquer tempo. Ela não prejudica a regular instrução processual e tão pouco o andamento do feito no âmbito do qual ela foi concedida. Portanto, concedida ou não a ordem, o processo terá seu curso normal e só

terminará quando se materializar a coisa julgada material. Vale lembrar que a decisão que antecipa ou não a tutela é uma decisão interlocutória, conforme disciplina o artigo 162 § 2º do CPC: “Ao atos do juiz consistirão em sentença, decisões interlocutórias e despachos [...]. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questões incidentes”, sendo assim, não há que se falar em término do processo em caso de concessão ou não de tal medida.

Contra essa decisão interlocutória cabe à parte, que desejar recorrer, interpor o agravo nos moldes do art. 522 do CPC:

Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos feitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

A regra disposta no referido artigo é que o agravo será interposto na sua forma retida e excepcionalmente será admitido na forma de instrumento. Vale discorrermos sobre essa interposição, pois estamos estudando uma medida judicial de urgência.

De acordo com o que preleciona os doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 458):

A denegação ou concessão da medida, *in limine litis* ou no curso do processo configura decisão interlocutória (CPC 162 § 2º) que é impugnável pelo recurso de agravo, só por instrumento (CPC 522). Não pode ser interposto o agravo retido porque o recorrente não teria *interesse recursal*, uma vez que só lhe traria utilidade a concessão (ou cassação para a parte contrária) imediata liminar. De nada lhe adiantaria aguardar a *sentença de mérito* e, só depois quando de eventual apelação, reiterar o agravo retido nas razões e contrarrazões da apelação (CPC 523 § 1º). A hipótese de julgamento do pedido de tutela antecipada, seja concessiva ou denegatória da medida cautelar, pode causar gravame à parte, motivo pelo qual o agravo tem que ser interposto por instrumento, configurando a exceção do CPC 522, com a redação dada pela L. 11187/05, que institui o regime jurídico do agravo na forma retida como regra geral do sistema recursal brasileiro.

Diante da colocação dos referidos autores, conclui-se que contra a decisão, que concede ou denega a antecipação de tutela, deve ser interposto o agravo de instrumento, uma vez que, o agravo retido, que é a regra, somente será analisado se e quando for interposta a apelação. Neste caso, a análise de tal recurso não mais traria benefício ao recorrente, pois este necessita de uma decisão imediata.

### **3.8 Artigo 273 § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostre-se incontroverso**

Entende-se, por pedido incontroverso, aquele sobre o qual não há discussão a respeito nos autos, ou seja, embora formulado pelo autor, não sofreu qualquer contestação da parte contrária, permitindo assim ao juiz resolver o mérito do que não foi contestado. Isto de acordo com o disposto no artigo 269, inciso II do CPC “Haverá resolução de mérito [...] quando o réu reconhecer a procedência do pedido”.

Porém, o sentido de incontroverso no referido parágrafo deve ser entendido não como aquele que não foi contestado, ou foi objeto de provimento parcial, mas aquele que no curso do processo adquiriu essa característica. Neste caso, tem-se como incontroverso um fato sobre cuja ocorrência é desnecessária a produção de prova para sua demonstração, tratando-se, portanto, de questão inequívoca.

A leitura que Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 359, 360) faz sobre o significado de incontroverso demonstra o acima exposto:

Como já dito, a técnica antecipatória do § 6º parte da premissa de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que se tornou incontroverso no curso do processo. Pouco importa que tal direito tenha sido contestado, uma vez que é inegável que um direito, apesar de contestado, pode se tornar incontroverso no curso do processo.

E acrescenta, ainda, o citado autor:

Em resumo: incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo em razão disso, *imediata tutela*. É nesse sentido que se diz que o § 6º é a base para a tutela dos direitos evidentes.

Teori Albino Zavascki (2007, p. 109-110) ensina que fato incontroverso se apura com a manifestação do juiz, que é o terceiro da relação jurídica. Assim, além de não ter havido a controvérsia entre as partes, o juiz deve ter a convicção de que o pedido é indiscutível. Nas próprias palavras do autor

a incontrovérsia ensejada na medida antecipatória somente se configura com a presença de um elemento essencial, a saber: a ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do juiz, o terceiro figurante da relação processual angularizada. Portanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. (119). ‘incontroverso’, em suma, não é o ‘indiscutido’, mas sim o ‘indiscutível’.

Concluindo, o que dispõe o referido parágrafo é que no decorrer do processo, poderá ficar de tal forma evidenciado o direito do autor que, independentemente de contestação ou não, torna-se ele incontroverso.

**3.9 Artigo 273, §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado**

A tutela antecipada antecipa o mérito, enquanto que a medida cautelar será utilizada para assegurar um provimento jurisdicional do processo principal, porém não há como negar que em determinadas situações a parte se depare com a dificuldade de precisar a natureza da tutela de urgência no momento da postulação da ação. O legislador, percebendo essa possibilidade de equívoco e preocupado com a celeridade da jurisdição, acrescentou no art. 273 do Código de Processo Civil o parágrafo 7º, a norma que autoriza o juiz a conceder por fungibilidade a medida cautelar, quando o autor propôs equivocadamente uma ação de antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

E, ainda, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006) a recíproca é verdadeira, ou seja, se o autor entrar com uma ação cautelar, e o juiz averiguar que na realidade refere-se à tutela antecipada, o juiz deverá aplicar o princípio da fungibilidade, recebendo o pedido de cautelar como se fosse antecipação de tutela. Contudo, por serem os requisitos desta medida mais rigorosos do que os da cautelar, além de tais tutelas de emergência apresentarem procedimentos distintos, o juiz deve dar oportunidade ao autor de adequar o seu pedido e apresentar as devidas provas exigidas para que lhe seja concedida a antecipação de tutela.

Nas palavras dos referidos autores:

**Fungibilidade. Tutela antecipada.** A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre por exemplo quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dados que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar, como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a



existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido da tutela antecipada ou se o autor se negar a proceder a adaptação. (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 460, grifo no original).

A jurisprudência tem acolhido o princípio da fungibilidade acima descrito, nos casos em que o advogado, por um lapso, ingressa com medida acautelatória de direito quando, em verdade, ele busca uma antecipação da pretensão definitiva deduzida na petição inicial.

#### **4 A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO DIANTE DA IRREVERSIBILIDADE FÁTICA DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE**

##### **4.1 A irreversibilidade que dispõe o § 2º do art. 273 do CPC é do provimento ou dos efeitos da antecipação de tutela?**

Como já foi visto nos capítulos anteriores, para que haja a antecipação de tutela, os requisitos exigidos são mais rígidos que os da medida cautelar, uma vez que a primeira antecipará provisoriamente os efeitos executivos da sentença de mérito, enquanto que a segunda terá por finalidade apenas garantir o processo principal. É importante retornarmos a esse ponto, pois o objeto deste capítulo será sobre um dos pontos mais polêmicos do artigo 273 do CPC, que é o § 2º.

Antes de adentrarmos no estudo do nosso item supra citado, entendemos ser importante conceituarmos o que é provimento e o que são efeitos antecipáveis.

O provimento consiste numa decisão judicial que defere ou indefere a pretensão deduzida pelo autor na peça de ingresso. O provimento pode ser concedido por um juiz monocrático ou por um tribunal e tem por objetivo decidir a lide nos termos em que ela foi proposta.

O aspecto antecipatório consiste nos efeitos jurídicos que serão produzidos pela antecipação de tutela, que significa, na prática, antecipar os efeitos da sentença que eventualmente vier a julgar procedente o pedido.

De acordo com a lição do doutrinador Teori Albino Zavascki (2007, p. 86), “os efeitos antecipáveis são, assim, os potencialmente decorrentes do conteúdo da

sentença de mérito, que varia segundo a natureza do pedido e, conseqüentemente, da sentença que o acolher”.

E conclui, mais, adiante o mesmo autor:

conforme se fez ver anteriormente [...], antecipar efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado da inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tão pouco a condenação por ventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos, os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal. (ZAVASCKI, 2007, p. 86).

Para um melhor esclarecimento sobre a diferença entre a antecipação da eficácia social da sentença, e não a eficácia jurídico-formal, a primeira está relacionada à força executiva da antecipação de tutela, enquanto que a segunda está diretamente ligada à sentença final do processo que faz coisa julgada material.

O parágrafo 2º do artigo 273 do Código Civil Brasileiro dispõe que não pode ser antecipada a tutela quando ocorrer risco de irreversibilidade do provimento. Na sua literalidade “*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”.

O referido parágrafo trata da irreversibilidade do provimento ou dos efeitos fáticos do provimento? É conveniente lembrar que o provimento jurisdicional que antecipa a tutela é reversível, ou seja, há reversibilidade jurídica, pois a mesma não faz coisa julgada material, sendo assim o juiz pode revogar ou modificar a sua decisão, desde que a mesma seja fundamentada, conforme autoriza o §4º do artigo 273 do código Civil Brasileiro.

Para a maioria dos doutrinadores pátrios, torna-se evidente que a irreversibilidade prevista no referido preceito legal diz respeito aos seus aspectos fáticos. Com efeito, o provimento judicial pode ser revertido a qualquer tempo, seja por reconsideração do próprio juízo, seja por determinação oriunda de um tribunal. Todavia, os efeitos que a antecipação concedida produz podem não ser passíveis de reversão, uma vez que se cristalizaram na vida real.

Corroborar esse entendimento o preclaro autor Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 247, 248). Na mesma linha de raciocínio e citados pelo autor encontram-se outros doutrinadores, tais como:

[Ovídio A. Batista da Silva<sup>3</sup>]: Leia-se 'irreversibilidade dos efeitos', não irreversibilidade do provimento, como consta neste parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir no plano fático, efeitos irreversíveis.

[Alexandre Freitas Câmara<sup>4</sup>]: Em primeiro lugar a que se notar que a irreversibilidade a que se refere o texto não é, em verdade, do provimento antecipatório, mas de seus efeitos, visto que um provimento jurisdicional só se torna irreversível quando coberto pela autoridade da coisa julgada (o que, alias, não ocorrera quanto a este provimento, uma vez que ele pode ser revisto e modificado a qualquer tempo, nos termos do § 4º do mesmo artigo, o qual será adiante analisado).

Após várias leituras, e diante do acima exposto, entendemos como a maioria dos doutrinadores, que a irreversibilidade de que trata o art. 273, § 2º, do CPC, é a dos efeitos da antecipação de tutela concedida e não do provimento, pois este, como já se viu anteriormente, pode ser a qualquer tempo revogado ou modificado, visto que a referida medida é provisória, porém os efeitos por ela antecipados podem sim ser irreversíveis em algumas situações, as quais serão discutidas e exemplificadas no momento oportuno.

Nas palavras de Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 249)

assim, quando a lei fala em irreversibilidade do provimento antecipado, esta se referindo à irreversibilidade da antecipação dos efeitos do provimento final, interpretação que deriva da conjugação do §2º com o *caput* do art. 273.

E isso somente pode situar-se no plano fático, já que juridicamente todo provimento antecipado, provisório por natureza, deve poder ser revertido.

E ainda, preleciona os eminentes doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 458):

**Irreversibilidade dos fatos.** A norma fala na inadmissibilidade da concessão de tutela antecipada quando o provimento for irreversível. O *provimento nunca é irreversível*, por que provisório e revogável. O que pode ser *irreversíveis são as consequências de fato* ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução. (Grifo nosso).

Com a leitura de várias decisões judiciais, fica evidente que o entendimento prevalecente na jurisprudência segue a linha da doutrina majoritária, ou seja, que a

<sup>3</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. A antecipação de tutela na recente reforma processual. In: **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lineamento do novo processo civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 74.

irreversibilidade tratada no art. 273, § 2º, é a irreversibilidade dos fatos. Isto porque os julgadores, ao se referirem sobre a questão da irreversibilidade, tratam da possibilidade ou não do bem da vida ter condições de ser devolvido, se necessário, a quem de direito, em seu estado fático anterior.

#### **4.2 É cabível interpretação diversa do preceito legal que determina que não será concedida a antecipação de tutela quando houver perigo de Irreversibilidade do provimento?**

Após concluirmos que a irreversibilidade mencionada no referido parágrafo é a dos efeitos da antecipação de tutela, vamos agora discorrer se a vedação é absoluta ou relativa. Sabemos que a antecipação de tutela é satisfativa. Assim, quando ela for concedida, o autor do pedido poderá usufruir o bem da vida, mas esta antecipação é provisória. Se a decisão for revogada ou se, ao final do processo, a sentença for contrária ao autor, este terá que devolver o bem da vida antecipado nas mesmas condições em que recebeu. Isso é a reversibilidade do bem da vida, devolvê-lo na mesma situação em que havia recebido, ou seja, ele deve ser revertido ao seu *status quo ante*. A partir do exposto, pode-se concluir que a irreversibilidade é a impossibilidade, diante de uma reforma da decisão ou da sentença contrária, de devolver o bem ao seu *status quo ante*.

Na lição de Teori Albino Zavascki (2007, p. 101) “[...] será reversível quando permitir a recomposição integral da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa”.

De Plácido e Silva (2004, p. 1234), em seu vocabulário jurídico, \*\*\* conceitua reversibilidade como sendo; “De *reversível*, do latim *reversus* (que voltou, que tornou) indica a qualidade ou o caráter do que é reversível [...]”.

E conceitua também reversível “o que reverte ou é suscetível de reversão; o que retorna ou volta ao estado anterior” (SILVA, 2004, p. 1234).

Pode-se assim reafirmar que a irreversibilidade é a impossibilidade de retorno do bem da vida ao seu estado anterior.

Após essa breve digressão sobre a definição do que vem a ser irreversibilidade, há que se perquirir se a regra do §2º do 273, do CPC é absoluta ou

relativa.

Se a mesma fosse absoluta, poderíamos dizer que todo o instituto da antecipação de tutela estaria ameaçado, uma vez que impediria terminantemente que o magistrado, diante do caso concreto e preenchidos os requisitos da referida medida, antecipasse o bem da vida ainda que o autor também estivesse correndo um risco de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do artigo 273, inciso I do CPC, se o referido bem não for antecipado. Já se ela for relativa, comporta entendimento diverso do prelecionado no mencionado parágrafo, uma vez que, o que é relativo pode ser no caso concreto interpretado de forma diversa.

Assim, é entendimento doutrinário que a vedação é relativa, uma vez que ocorrem inúmeras situações em que, mesmo diante da possibilidade de irreversibilidade, há que se conceder a antecipação da tutela.

Ensina a doutrina que:

Reitere-se contudo, que a vedação inscrita no citado §2º deve ser relativizada, sob pena de ficar comprometido quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito são muitas as circunstâncias em que a reversibilidade corre algum risco, notadamente no que diz respeito à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, todavia, é cabível o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos, decorrente da não fruição imediata. (ZAVASCKI, 2007, p. 101).

E nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 458) “de toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, [...]”.

Lecionam \*\*\*os doutrinadores Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa (2007, p. 409):

**A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina** ( grifo nosso)(STJ-2º T., Resp 144.656-Es, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 6.10.97, não conheceram, v.u., DJU 27.10.97, p. 54.778).

Assim a exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada *cum grano salis* comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento.

Com a leitura de julgados, fica demonstrado que o disposto no parágrafo ora em questão não é absoluto, e que diante do caso concreto, poderá ser sim

relativizado para que essa medida de antecipação de tutela não se torne um instituto inaplicável

#### **4.3 A atuação do magistrado com a questão de irreversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipada. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**

Como foi demonstrado nos itens acima, a irreversibilidade de que trata o referido artigo é a irreversibilidade fática dos efeitos antecipados, e que esse dispositivo não é de caráter absoluto, ou seja, esse preceito legal pode ser relativizado a partir da análise do caso concreto e estando presente os pressupostos exigidos para que tal medida seja concedida.

A nossa questão é de como deve proceder o magistrado ao se deparar com um pedido de antecipação de tutela que tenha a característica de irreversibilidade fática? Esta é uma questão importante, pois não são poucos os momentos em que o juiz se vê diante de um caso em que há um direito apenas provável que, se não antecipado, perecerá, ou seja, ele estará diante de uma escolha, que é a de prover ou perecer o direito. Diante desse impasse, o julgador deve decidir pela tutela desse direito mesmo que apenas aparente, sendo essa legítima em casos de extrema necessidade, pois de nada resolverá, ao final do processo, no momento de se proferir a sentença, reconhecer um direito que já foi destruído.

Na lição de Ovídio A. Batista da Silva<sup>5</sup> citado por Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 251):

casos há, de urgência urgentíssima, em o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos se o índice de plausibilidade for suficientemente convincente aos olhos do legislador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-la como simples aparência -, essa ultima solução torna-se perfeitamente legítima. Que em tais casos especialíssimos não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para, depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.

---

<sup>5</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. A antecipação de tutela na recente reforma processual. In: **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 142.

Sendo difícil ao juiz decidir sobre um direito apenas provável diante de um improvável, a situação fica ainda mais complexa quando o que se está pedindo como antecipação de tutela é um bem irreversível. Neste momento, torna-se ainda mais complexa a decisão do julgador, pois sabemos que a tutela antecipada é uma decisão sumária, ou seja, não ocorreram ainda todos os trâmites do processo, que possibilitam ao juiz tomar uma decisão após ter esgotado todas as possibilidades e analisado todas as provas, sendo essa sim uma decisão que fará coisa julgada material.

Para que didaticamente fique mais fácil de visualizarmos uma situação como a acima descrita, podem ser apontados alguns exemplos dados pelos doutrinadores, a saber: estando o juiz diante de um caso que é solicitado a antecipação de tutela para a transfusão de sangue que não está sendo autorizada pelos pais de um menor, pelo fato de que a religião não permitir, e se a mesma não for imediatamente autorizada, a criança corre risco de vida; ou ainda na hipótese de uma cirurgia para amputação de um membro contra a vontade do paciente, sendo essa a única possibilidade de salvar-lhe a vida. Porém, sabemos que essas duas situações não são as únicas possíveis de ocorrerem, há também os confrontos entre direitos a subsistência ou vida digna em confronto com direitos patrimoniais, entre outros.

Adentraremos mais no primeiro exemplo em que o julgador está diante de dois direitos fundamentais: a vida, que é um direito resguardado pela nossa Constituição, com fulcro no art. 5º *caput* da nossa carta maior, a Constituição da República que assim está disposto: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a *inviolabilidade do direito a vida* [...]” (Grifo nosso).

O doutrinador Alexandre de Moraes (2006, p. 79), em seu livro *Direitos Humanos Fundamentais* nos ensina que:

**O direito à vida** é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.

A Constituição Federal assegura, portanto, o *direito à vida*, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla concepção, sendo a primeira relacionada ao **direito de continuar vivo** e a segunda a de se ter a **vida digna** quanto a subsistência. (Grifo nosso).

E, por outro lado, é também garantida constitucionalmente a liberdade

religiosa, conforme dispõe o art. 5º, inciso VI, sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença, e sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia.

O referido autor ensina que: “[...] O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-la a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofia e a própria diversidade espiritual” (MORAES, 2006, p. 121).

Discorre o doutrinador Alexandre Freitas Câmara (2005), que estando o juiz diante de dois bens irreversíveis, ou seja, se antecipar para o autor perecerá o direito do réu, e o contrário também é verdadeiro, assim só será possível preservar um dos direitos, seja do autor, seja do réu, deve este através da aplicação do princípio da proporcionalidade, preservar *o bem de maior relevância, em detrimento do outro*.

Na literalidade de suas palavras:

Uma interpretação apressada da norma nos levaria a concluir que, havendo risco de que a antecipação de tutela jurisdicional acarretasse efeitos irreversíveis, tal antecipação seria terminantemente proibida. Esta, porém, não é a melhor exegese. Isto porque há casos em que o indeferimento da tutela antecipada pode causar um dano ainda mais grave que o seu deferimento. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que a antecipação da tutela se faça necessária para que se realize uma transfusão de sangue, ou uma amputação de um membro. Ambos os casos implicam em provimentos jurisdicionais capazes de produzir efeitos irreversíveis. Ocorre que o indeferimento da medida, nos exemplos citados, provocaria a morte de uma das partes, o que é - sem sombra de dúvida - também irreversível.

Nesta hipótese estar-se-á diante de verdadeira ‘irreversibilidade recíproca’, caso em que se faz possível a antecipação da tutela jurisdicional. Diante de dois interesses na iminência de sofrerem dano irreparável, e sendo possível a tutela de apenas um deles caberá ao juiz proteger o interesse mais relevante, aplicando-se o *princípio da proporcionalidade*, o que lhe permite, nestas hipóteses, antecipar a tutela jurisdicional (ainda que a antecipação, se produzam efeitos irreversíveis. (CÂMARA, 2005, p. 461).

A aplicação do princípio da proporcionalidade deverá ser adotada pelo magistrado quando ele estiver diante de dois direitos igualmente importantes e que somente um poderá ser preservado, como no exemplo acima citado, o direito à vida é o bem maior a ser preservado, portanto é aquele que deve ser levado em consideração. Outros autores discorrem que o julgador deve utilizar-se também do princípio da razoabilidade.



Nas palavras de João Batista Lopes (2007, p. 85): “Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder a avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão”.

O referido autor nos dá um exemplo de conflito entre direito absoluto que é a vida e integridade física e direito patrimonial, sendo que a decisão do magistrado deve ser a de proteger a vida em detrimento do direito patrimonial. Após esse exemplo ele dispõe sobre a razoabilidade, a saber:

Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir com *razoabilidade* os interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico.

É que, embora todos os direitos sejam merecedores de respeito e proteção, o sistema confere *status* mais elevado aos direitos fundamentais do cidadão, *irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis*. (LOPES, 2007, p. 86, grifo nosso).

É também entendimento jurisprudencial que se deve salvaguardar o direito mais relevante, quando da impossibilidade de preservar ambos os direitos, do autor e do réu. Porém, devemos ter o entendimento que o sacrifício de um dos direitos, não decorre da vontade do juiz, mas sim de situação fática que se lhe apresenta. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, esclarece tal situação com simplicidade, não deixando dúvidas de que, por mais que o juiz deseje proteger os dois direitos em conflito, isso em determinadas hipóteses torna-se impossível. Nas palavras do referido autor “[...] em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tentur*” (ZAVASCKI, 2007, p. 102).

Após a exposição dos fatos e conclusão que mesmo diante de uma irreversibilidade fática, poderá o juiz conceder a antecipação de tutela, há que se perguntar: E se, ao final do processo, a sentença for contrária à decisão que concedeu a antecipação de tutela?

Sendo a sentença contrária à decisão que antecipou a tutela e, como estamos diante de uma situação irreversível, ou seja, a parte autora não terá como devolver o bem que lhe fora antecipado ao *status quo ante*, caberá à parte ré, ora vencedora, ser indenizada por perdas e danos. Conforme assinala Nelson Nery Júnior e Rosa Maria da Andrade Nery (2006, p. 458), “[...] caso o autor seja vencido

na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida”.

Como se pode observar, a irreversibilidade fática decorrente da antecipação da tutela, deferida em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aferidos com base numa análise criteriosa do caso concreto pelo magistrado, terá como consequência o pagamento indenização por perdas e danos, inclusive morais, pela parte que, embora beneficiária da ordem concedida em caráter provisório e em cognição sumária, não venha a lograr êxito no que diz respeito ao mérito da causa.

## **5 CONCLUSÃO**

Para que pudéssemos chegar às conclusões que em seguida serão dispostas, foram necessários vários estudos junto a renomados doutrinadores e análise de decisões judiciais, que nos permitiram um melhor entendimento deste importante instituto da tutela antecipada.

Assim, podemos elencar as seguintes conclusões sobre o problema analisado:

- a) A tutela antecipada tem um caráter satisfativo, em razão disso, seus requisitos são mais rigorosos que a medida cautelar, pois aquela propicia a antecipação parcial ou total do pedido do autor, que pode ser formulado na própria petição inicial, embora não necessariamente, já que o artigo 273 do CPC não determina o momento em que deve ser feito o pedido de antecipação.
- b) Essa medida é provisória, pois pode ser revogada ou modificada conforme dispõe o § 4º, do art. 273 CPC a qualquer tempo durante o processo, desde que devidamente fundamentada (§ 1º, do art. 273 CPC), ou pela sentença final.
- c) A antecipação de tutela se difere da medida cautelar, na medida em que esta tem por objetivo assegurar um processo principal, caracterizando-se assim pela acessoriedade, e seus requisitos são menos rigorosos. Mas, apesar das diferenças entre tais medidas, pode ocorrer equívoco da parte ao propor uma das mencionadas ações, quando na realidade deveria ter sido proposta outra. O legislador, percebendo essa dificuldade de diferenciação entre tais remédios

processuais, acrescentou ao art. 273 do CPC o § 7º, que permite ao magistrado, estando presentes os requisitos da medida desejada, alterar a tutela de urgência pleiteada com base no princípio da fungibilidade, modificando-a de acordo com aquela que deveria ter sido postulada.

- d) Como citado acima os requisitos da antecipação de tutela são rigorosos, devendo estar presentes a verossimilhança das alegações, assim como a prova inequívoca. Vale reforçar que não é um ou outro, mas sim os dois requisitos que devem estar presente e ainda demonstrar que, se não for concedida a antecipação de tutela, estará o requerente sujeito a um dano irreparável ou de difícil reparação, ou demonstrar que a parte ré está usando de manifesto propósito protelatório. Os dois primeiros devem estar presentes de forma simultânea.
- e) O § 2º, do art. 273 do CPC, traz uma situação muito complexa, que é a irreversibilidade do provimento. Neste parágrafo, algumas questões foram levantadas, tais como:

A primeira questão levantada foi com relação a irreversibilidade do provimento, é que a decisão judicial deve sempre reversível, até que faça coisa julgada material. Assim sendo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que a irreversibilidade disposta no parágrafo é dos efeitos fáticos da tutela antecipada, uma vez que esses podem correr o risco de não serem devolvidos, em caso de uma revogação ou modificação da decisão ou sentença contrária, no seu *status quo ante*.

A segunda questão é se essa regra dever ser interpretada de forma absoluta ou relativa. Entende-se que ela deve ser interpretada de forma relativa, pois, do contrário, se fosse interpretada como sendo absoluta, o instituto da tutela antecipada estaria ameaçado, eis que impediria terminantemente ao juiz concedê-la, diante de um caso de pedido de antecipação de tutela em que o bem em questão fosse irreversível. Porém, sendo a interpretação relativizada, permite ao magistrado que diante de uma situação de irreversibilidade, conceda a tutela antecipada para a preservação de um direito mais relevante.

A terceira questão é a de como deve o magistrado proceder diante de um pedido, em que comprovadamente ocorrerá a irreversibilidade fática se a mesma for deferida, e, também, se for indeferido o pedido do autor. Assim, o risco é de

irreversibilidade recíproca. Ao se deparar com tal situação, deve o juiz, após a análise dos requisitos da antecipação de tutela já citados anteriormente, decidir por preservar o bem maior, ou seja, estando em conflitos dois direitos igualmente preservados pelo ordenamento jurídico, este deverá salvaguardar o de maior relevância em detrimento do outro. E se ao final do processo, ficar provado que a outra parte tinha razão, e a sentença for favorável a parte ré, caberá a esta pedir perdas e danos, diante da impossibilidade de devolução do bem antecipado.

Vale reforçar sobre a importância do tema em questão, no nosso momento histórico, em que a celeridade, ainda, não é uma realidade no nosso judiciário, sendo assim a parte necessita de instrumentos juridicamente válidos para que seu direito não se perca pela morosidade. Os resultados obtidos com a pesquisa foram bastante esclarecedores, porém, sabemos que a pesquisa não termina neste trabalho, uma vez que poderá ser aprofundada em uma outra oportunidade.

## 6 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520**: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 246-266.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. v. I.

FRUTUOSO, Cecília Rodrigues. A tutela antecipada com relação à parte incontroversa da demanda. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3059>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação da tutela de ofício?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>

texto.asp?id=2930>. Acesso em: 10 ago. 2007.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC. nº 2.0000.00.396170-4/000(1). Tutela antecipada. Alienação fiduciária. Transferência de veículo. Impossibilidade. Pagamentos feitos amparados por liminar. Situação provisória. Perigo de irreversibilidade. Incidência do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Des. Gouvêa Rio. **DJ**, 14 jun. 2003a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AC. nº 2.0000.00.413919-7/000. Apelação cível. Ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos. Cessão de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda de imóvel. Possibilidade. Pedido de antecipação de tutela em sede recursal. Admissibilidade, desde que preenchidos os seus pressupostos. Des. Domingos Coelho. **DJ**, 23 dez. 2003b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AI. nº 1.0024.07.442766-7/001. Agravo de instrumento. Ação ordinária. Concurso público. Polícia Militar. Candidato. Exclusão. Exame psicológico. Pedido de efeito ativo ao recurso. Des. Almeida Melo. **DJ**, 05 out. 2007b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AI. nº 1.0040.07.057350-2/001. Agravo de instrumento. Revisão de contrato. Contratante consumidor. Tutela antecipada. Art. 273, § 7º do CPC. Conversão da antecipação da tutela em medida cautelar. Possibilidade. Inclusão do nome do devedor em órgãos de proteção ao crédito. Proibição condicionada ao depósito do valor incontroverso. Des. Duarte de Paula. **DJ**, 07 set. 2007a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AI. nº 1.0407.05.008764-9/001(1). Agravo de instrumento. Reparação de danos. Responsabilidade civil. Tutela antecipada. Tratamento médico. Verossimilhança do direito alegado. Deferimento do pedido. Irreversibilidade. Da medida. Irrelevância. Des. Elias Camilo. **DJ**, 24 maio 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (Org.). **Código civil e legislação civil em vigor**. 39. ed. atual. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e leis extravagantes**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III: arts. 270 a 331.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC. nº 2002.022.616-0. Processo civil. Indenização por acidente de veículo. Ajuizamento direto contra seguradora. Carência de ação. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Preliminar afastada. Tutela antecipada para fixar pensão mensal e ressarcimento de veículo. Deferimento. Insurgência. Possibilidade de concessão da medida ante as peculiaridades do fato. Prova inequívoca e incontroversa. Irreversibilidade da medida. Necessidade e proporcionalidade. Prevalência do direito à sobrevivência sobre o direito patrimonial. Pensão alimentar fixada em salários mínimos. Possibilidade. Juros e correção monetária. Aplicação das Súmulas 43 e 54 do STJ. Decisum mantido. Recurso desprovido. Des. Monteiro Rocha. **DJ**, 31 mar. 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.